

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Rechtsgevolg bij schending van artikel 126aa lid 2 Sv)

Borgers, M.J.

2011

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2011). *Case note: Hoge Raad (Rechtsgevolg bij schending van artikel 126aa lid 2 Sv)*, No. 603, Mar 30, 2010. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2011).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Annotatie NJ 2011, 603 (rechtsgevolg bij schending van artikel 126aa lid 2 Sv)

HR 30 maart 2010, nr. 08/00870

M.J. Borgers

1. Dient aan een schending van artikel 126aa lid 2 Sv – of daarmee verband houdende lagere regelgeving – immer een rechtsgevolg te (kunnen) worden verbonden? En welk rechtsgevolg is dan geïndiceerd? Die vragen zijn regelmatig aan bod gekomen in de rechtspraak naar aanleiding van de perikelen die zich in het recente verleden hebben voorgedaan omtrent het tappen van geheimhouders, in het bijzonder advocaten. Dat de inhoud van de aldus afgeluisterde gesprekken niet voor het bewijs mag worden gebezigd, levert nauwelijks discussie op. Meer debat bestaat ten aanzien van de andere mogelijke rechtsgevolgen: niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie en strafvermindering. Het spreekt vanzelf dat de beantwoording van de zojuist genoemde vragen aan de hand van het schema van artikel 359a Sv dient te verlopen. De wijze waarop aan dat schema toepassing wordt gegeven, trekt evenwel de aandacht. In de lagere rechtspraak klinkt soms de behoefte door om schendingen van artikel 126aa lid 2 Sv ‘af te straffen’, in die zin dat de toepassing van artikel 359a Sv vrijwel uitsluitend in het licht van de laakbaarheid van het optreden van de strafvorderlijke overheid wordt gesteld. Het vonnis van de rechtbank Amsterdam in de zogeheten Hells Angels-zaak (ook bekend als het Acroniem-onderzoek) is daarvan een treffende illustratie. Aan het uitspreken van de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie legt de rechtbank in het bijzonder ten grondslag ‘de geconstateerde ernstige, grootschalige en herhaaldelijke inbreuken op de regelgeving welke het verschoningsrecht moet waarborgen’, het tekortschieten van het openbaar ministerie in de verantwoording daaromtrent en – als gevolg daarvan – de aantasting van ‘het vertrouwen in de rechtspleging als geheel’ (vonnis van 20 december 2007, *NJ* 2008, 532). Ook in relatie tot het toepassen van strafvermindering komt men wel eens vergelijkbare redeneringen tegen. Zo heeft het gerechtshof Amsterdam een strafvermindering met één jaar onvoorwaardelijke gevangenisstraf (op een gevangenisstraf van twaalf jaar) onderbouwd met een beroep op de fundamentele aard van de regeling van artikel 126aa lid 2 Sv, waaraan wordt toegevoegd dat – vanwege die fundamentele aard – ‘de vraag welk concreet nadeel verdachte heeft geleden, geen rol speelt’ (arrest van 20 juni 2007, *LJN* BA7722). De uitkomst van deze rechterlijke uitspraken is wellicht niet onbegrijpelijk, maar ook niet zonder meer vanzelfsprekend (vgl. ook Ter Haar & Meijer, *Vormverzuimen*, Deventer: Kluwer 2011, p. 59, 92-93, 107-108). In de rechtspraak van de Hoge Raad ligt de nadruk namelijk veeleer op (de aard en de ernst van) het concrete nadeel dat de verdachte heeft ondervonden ten gevolge van een vormverzuim. De behoefte om laakbaar strafvorderlijk overheidsoptreden af te keuren, vormt – zo zou men de huidige rechtspraak van de Hoge Raad kunnen samenvatten – geen zelfstandig dragende grond voor het toepassen van artikel 359a Sv. Dat blijkt ook, specifiek in relatie tot schending van artikel 126aa lid 2 Sv, uit de hierboven afgedrukte uitspraak en enkele nadien gewezen arresten van de Hoge Raad.

2. In de hierboven afgedrukte zaak is de schriftelijke uitwerking van een voicemailbericht van de verdachte aan zijn raadsman, waarin de verdachte het verzoek doet om hem terug te bellen omdat hij

zijn raadsman heel hard nodig zou hebben, in het dossier beland. Van dat bericht zou gebruik zijn gemaakt bij de opsporing, terwijl het ook is voorgehouden aan de verdachte tijdens een verhoor. Het gerechtshof laat nadrukkelijk in het midden in hoeverre een dergelijk voicemailbericht onder de reikwijdte van artikel 126aa lid 2 Sv (en daarmee verband houdende lagere regelgeving) valt, maar neemt wel een vormverzuim aan, omdat er geen vernietiging van de opname en de schriftelijke uitwerking van het voicemailbericht heeft plaatsgevonden, terwijl de voeging in het dossier ook niet berust op een schriftelijke machtiging van de rechter-commissaris. Er is, zo lijkt het gerechtshof te willen zeggen, linksom of rechtsom sprake van een ernstig vormverzuim. Neemt men aan dat het voicemailbericht heeft te gelden als een mededeling 'gedaan door of aan een persoon die zich op grond van artikel 218 zou kunnen verschonen indien hem als getuige naar de inhoud van die mededelingen zou worden gevraagd', dan had er zonder meer tot vernietiging dienen te worden overgegaan (daarop kan ook geen uitzondering worden gemaakt op grond van zeer uitzonderlijke omstandigheden, vgl. HR 20 april 2010, *NJ* 2011, 222 m.nt. M.J. Borgers). Zou de officier van justitie na beoordeling hebben gemeend dat geen sprake is van een dergelijke mededeling, dan had de op de voet van artikel 126aa lid 2 Sv benodigde machtiging van de rechter-commissaris voor de voeging in het dossier niet mogen ontbreken. Overigens komt het mij voor dat gelet op de bewoordingen, maar vooral ook de ratio van artikel 126aa lid 2 Sv het voicemailbericht *wel* als een mededeling gedaan aan een verschoningsgerechtigde behoort te worden beschouwd. Het is bepaald niet bevorderlijk voor het vertrouwen dat rechtszoekenden stellen in de toegang tot en de communicatie met een raadsman, indien een mededeling die middellijk – want met tussenkomst van een voicemailsysteem – aan de raadsman wordt overgebracht niet onder de reikwijdte van artikel 126aa lid 2 Sv zou worden begrepen (in vergelijkbare zin onderdeel 20 van de conclusie van A-G Jörg in deze zaak), terwijl ook in de inhoud van de boodschap – het zoeken van contact door een rechtszoekende met een advocaat – geen reden is gelegen om aan te nemen dat het gaat om een mededeling die geen bescherming zou verdienen onder het verschoningsrecht (vgl. ook Spronken & Fernhout, in: Melai/Groenhuijsen c.s., *Het Wetboek van Strafvordering*, aantekening 11.3 op artikel 218).

Wat daar verder ook van zij, het gerechtshof wijst zowel niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie als strafvermindering af als rechtsgevolg op het geconstateerde vormverzuim. Daartoe wordt – kort gezegd – aangevoerd dat op het moment van het aftappen van het voicemailbericht de verdachte al in beeld was en dat het niet aannemelijk is geworden dat (uitsluitend) het voorhouden van dat voicemailbericht de verdachte tot een bekende verklaring heeft bewogen. Anders gezegd: door het gewraakte overheidshandelen is de verdachte niet in een nadeliger positie komen te verkeren. Gelet op die vaststelling – waarbij A-G Jörg overigens nog wel de kanttekening plaatst dat het voicemailbericht toch van grotere betekenis voor het onderzoek lijkt te zijn geweest dan het gerechtshof doet voorkomen – heeft het gerechtshof naar het oordeel de Hoge Raad de criteria en gezichtspunten uit het bekende overzichtsarrest *NJ* 2004, 376 niet miskend.

3. Dezelfde lijn treft men, althans waar het gaat om de ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, aan in twee latere arresten. In de zaak die heeft geleid tot HR 28 september 2010, *NJ* 2010, 532, werd de telefoonaansluiting van een advocaat – vanwege diens vermoedelijk onoorbare dienstverlening binnen het criminele circuit – getapt. Over de wijze waarop met de transcripties van de afgeluisterde gesprekken zou worden omgegaan, had de officier van justitie met de waarnemend deken van de

plaatselijke Orde van Advocaten afspraken gemaakt die ertoe strekten het verschoningsrecht zoveel mogelijk te waarborgen. Niettemin voldeed de overeengekomen werkwijze op meerdere punten niet aan de voorschriften van artikel 126aa lid 2 Sv en de daarmee verband houdende lagere regelgeving. Nadat de desbetreffende advocaat door liquidatie om het leven is gekomen, zijn transcripties van gesprekken in een ander onderzoek gebruikt en ook in het desbetreffende dossier gevoegd. In deze zaak wordt het verweer strekkende tot het niet-ontvankelijk verklaren van het openbaar ministerie door het gerechtshof verworpen, omdat weliswaar in strijd met de wet en de lagere regelgeving is gehandeld, maar uit de werkwijze van de officier van justitie – in het bijzonder het maken van afspraken met de waarnemend deken – blijkt dat niet doelbewust of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte is gehandeld. Aan het Zwolsmancriterium is derhalve niet voldaan. De Hoge Raad oordeelt dat het verweer terecht is verworpen, waarbij de Hoge Raad aan de overwegingen van het gerechtshof nog toevoegt dat niet blijkt dat door of namens de verdachte één of meer afgeluisterde, door de verdachte met de nadien geliquideerde advocaat gevoerde, telefoongesprekken zijn aangeduid als gesprekken die onder de reikwijdte van het verschoningsrecht van die advocaat zouden vallen. Anders gezegd: het staat geenszins vast dat de vernietigingsplicht van artikel 126aa lid 2 Sv daadwerkelijk is geschonden. Het feit dat in deze zaak de rechter-commissaris machtiging tot voeging in het dossier heeft verleend, duidt – ook al komt de zittingsrechter een zelfstandig oordeel toe omtrent een eventuele schending van het verschoningsrecht (vgl. HR 20 april 2010, *NJ* 2011, 222 m.nt. M.J. Borgers) – veeleer op het tegendeel (zie onderdeel 4.4 van de conclusie van A-G Machielse in deze zaak).

Ook in HR 11 oktober 2011, *NJ* 2011, 505 faalt het verweer strekkende tot niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie. In deze zaak zijn 120 geheimhoudersgesprekken afgetapt, waarvan één gesprek niet is vernietigd (maar wel in een verzegelde envelop is bewaard) en dertig gesprekken – mede vanwege capaciteitsproblemen – niet terstond zijn vernietigd, terwijl verschillende processen-verbaal van vernietiging niet aanwezig zijn. Dat levert, zo oordeelt het gerechtshof, weliswaar diverse vormverzuimen op, maar nu de transcripties van deze gesprekken niet ten grondslag zijn gelegd aan de toepassing van opsporingsbevoegdheden en ook niet zijn gebezigd voor het bewijs, is de verdachte niet geschaad in enig belang. In cassatie wordt door de verdachte betoogd – zo vat de Hoge Raad het middel samen – dat de desbetreffende vormverzuimen dermate ernstig zijn dat geen ander rechtsgevolg in aanmerking komt dan niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie, ‘zelfs als dat verzuim zich heeft voorgedaan in het voorbereidend onderzoek tegen anderen dan de verdachte en ook als de door de verdachte met zijn advocaat gevoerde geheimhoudersgesprekken niet zijn gebruikt in de strafzaak tegen de verdachte’. Die opvatting, die er in de kern op neerkomt dat het voor de verdachte ten gevolge van de schending van artikel 126aa lid 2 Sv veroorzaakte nadeel geen relevant gezichtspunt betreft, wordt door de Hoge Raad van de hand gewezen.

4. Wat de hier besproken zaken duidelijk maken, of beter gezegd: bevestigen, is dat de toepassing van artikel 359a Sv – in de zin van het verbinden van een rechtsgevolg aan de constatering dat van een vormverzuim sprake is – er niet uitsluitend toe strekt om het strafvorderlijke overheidsoptreden, hoe ernstig ook, te diskwalificeren. Opzienbarend is dat niet. Het tweede lid van artikel 359a Sv noemt uitdrukkelijk als relevant gezichtspunt het nadeel dat de verdachte door het vormverzuim heeft ondervonden. In de rechtspraak van de Hoge Raad wordt – een enkele uitzondering daargelaten (vgl. Corstens/Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 731) – het verbinden van

een rechtsgevolg aan een vormverzuim, niet aangewezen geacht, indien dat nadeel in het concrete geval ontbreekt.

Specifiek in relatie tot de niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie geldt dat aan het Zwolsmancriterium reeds niet wordt voldaan indien 'de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak' niet tekort zijn gedaan. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat de *mogelijkheid* dat die belangen tekort zijn gedaan, niet volstaat (HR 16 juni 2009, *NJ* 2009, 603 m.nt. M.J. Borgers), terwijl de Hoge Raad ook buiten twijfel heeft gesteld dat educatieve overwegingen – gericht op het doordringen van de overheid van de laakbaarheid van het strafvorderlijk optreden – niet zelfstandig dragend kunnen zijn voor niet-ontvankelijkverklaring (vgl. HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 441 en HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 442 m.nt. T.M. Schalken). Belangrijk daarbij is uiteraard wel dat het openbaar ministerie de controle op de gebleken of vermoedelijke vormverzuimen niet frustreert (zie recent nog HR 12 juli 2011, *NJ* 2011, 381).

Waar het gaat om strafvermindering, kan erop worden gewezen dat in vroegere rechtspraak – naar het zich laat aanzien om zodoende strafvermindering als alternatief voor bewijsuitsluiting ingang te doen vinden – het zijn geschonden van de concrete belangen van de verdachte niet wordt opgevat als noodzakelijke voorwaarde voor het toepassen van strafvermindering. In latere rechtspraak wordt daarentegen meer gewicht toegekend aan het daadwerkelijk bestaan van schade of nadeel, in de vorm van een concrete schending van de belangen die door de overtreden norm worden beschermd. Dat blijkt daaruit dat beslissingen waarin strafvermindering vanwege het ontbreken van nadeel wordt afgewezen, naar het oordeel van de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting getuigen. (Zie over deze ontwikkeling het fraaie overzicht van Kuiper, in: *WelBeraden*, Nijmegen: WLP 2009, p. 35-59.) Daarbij verdient aantekening dat het belang dat een verdachte heeft dat een gepleegd feit niet wordt ontdekt, niet als rechtens te respecteren belang kan worden aangemerkt, en dat dus het (enkele) ontdekken van het strafbare feit niet heeft te gelden als nadeel in de zin van artikel 359a Sv (zie HR 4 januari 2011, *LJN* BM6673, en daaromtrent nader Kooijmans, *DD* 2011, p. 1091-1108).

Hiermee is niet gezegd dat aan de feitenrechter geen enkele ruimte meer zou worden gelaten om een rechtsgevolg – in het bijzonder strafvermindering – te verbinden aan een vormverzuim, ook al is er geen sprake van nadeel. De rechtspraak van de Hoge Raad sluit die mogelijkheid in elk geval niet expliciet uit (vgl. Kooijmans 2011, p. 1107). Echter, een klacht in cassatie – van de zijde van de verdachte – omtrent het niet verbinden van dat rechtsgevolg aan het vormverzuim lijkt nauwelijks kans van slagen te hebben, indien geen sprake is van nadeel. Bovendien dient de rechter, mocht hij in een dergelijk geval wel overgaan tot het verbinden van een rechtsgevolg, ervan blijk te geven de gezichtspunten van artikel 359a lid 2 Sv in acht te hebben genomen (vgl. bijvoorbeeld HR 22 december 2009, *NJ* 2010, 29), waaronder dus ook het nadeel dat de verdachte door het vormverzuim heeft ondervonden. Dat impliceert dat de marge voor de feitenrechter om ondanks het ontbreken van nadeel toch tot het verbinden van een rechtsgevolg te komen, vrij smal is, en in elk geval gepaard zal moeten gaan met een duidelijke en stevige motivering waarom die stap noodzakelijk wordt geacht.

5. Een annotatie leent zich niet voor een algemene waardering van deze stand van de rechtspraak inzake artikel 359a Sv. Daarvoor is die rechtspraak te complex. Dat de Hoge Raad ervoor heeft gekozen zich terug te trekken 'van het terrein van de strafvorderlijke integriteitscontrole voor zover niet de belangen van de verdachte in het geding zijn' (Kuiper 2009, p. 57-58), kan men wel of niet aansprekend

vinden, geheel onverdedigbaar is die keuze niet. Het gaat er in het strafrecht om dat de individuele verdachte verzekerd is van een eerlijk proces in zijn zaak. Daar dient de rechter voor te waken. Maar dat betekent niet zonder meer dat het ook de verantwoordelijkheid van de strafrechter is om, via de band van beslissingen in individuele zaken, de integriteit van het overheidsoptreden in strafrechtelijke aangelegenheden in meer algemene zin te bewaken en te bevorderen, al was het maar omdat de strafrechter daartoe ook niet de best geoutilleerde instantie is (vgl. bijvoorbeeld de beschouwingen van de onderzoeksgroep Strafvordering 2001, *Afronding en verantwoording*, Deventer: Kluwer 2004, p. 152-155, 379-381). De vraag rijst dan echter hoe de normering van dat overheidsoptreden wel gestalte krijgt. Specifiek in relatie tot het tappen van verschoningsgerechtigden kan worden geconstateerd dat (re)actie op de soms toch zeer ernstige schendingen van artikel 126aa lid 2 Sv en de daarmee verband houdende lagere regelgeving niet is uitgebleven. Niet alleen hebben op grote schaal ‘opschoonacties’ plaatsgevonden, ook zijn de bestaande werkinstructies verschillende malen aangescherpt en uitgebreid. Daar bovenop komt, althans voor wat betreft de advocatuur, het systeem van nummerherkenning dat recent operationeel is geworden, waardoor de hoeveelheid opnames van geheimhoudersgesprekken aanzienlijk moet worden gereduceerd (zie het Besluit van 8 augustus 2011, *Stb.* 2011, 380). Men kan dus niet zeggen dat de overheid hier stil heeft gezeten. Echter, dat al deze initiatieven zijn ontplooid, is wel het gevolg van een zeer actieve en volhardende opstelling van de strafrechtsadvocatuur. Er zijn (met wisselend succes) diverse civielrechtelijke procedures aanhangig gemaakt, er is (met succes) onderzoek door het College bescherming persoonsgegevens geïnitieerd, er is (zonder succes) een klacht in Straatsburg ingediend en er is uitvoerig overleg gevoerd met het openbaar ministerie en het ministerie van Justitie (zie het overzicht in onderdeel 2 van de noot onder HR 16 juni 2009, *NJ* 2009, 603). En ook de diverse rechtsgevolgen – met name de niet-ontvankelijkverklaringen – die in de lagere rechtspraak aan schendingen van artikel 126aa lid 2 Sv zijn verbonden, ook al zijn die beslissingen niet telkens in lijn met de rechtspraak van de Hoge Raad geweest, hebben ongetwijfeld een positieve bijdrage geleverd aan de naleving van artikel 126aa lid 2 Sv. In dat perspectief kan dan worden opgemerkt dat de hiervoor besproken lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad – waarin diskwalificatie van onrechtmatig strafvorderlijk overheidsoptreden geen zelfstandig dragende grond is voor het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen – beter te aanvaarden zou zijn indien de overheid ook echt *zelf* de verantwoordelijkheid op zich zou nemen om de integriteit van strafvorderlijk optreden – zichtbaar – te bewaken en te bevorderen. Indien en in zoverre die verantwoordelijkheid niet wordt genomen, is het wenselijk dat de strafrechter – ook in de situatie dat van nadeel geen sprake is – de mogelijkheid behoudt om corrigerend op te treden (zo ook Kooijmans 2011, p. 1107-1108).